

DISCAPACIDAD Y CONSTITUCIÓN*

DISABILITY AND CONSTITUTION

RAFAEL DE ASÍS
Universidad Carlos III de Madrid¹

Fecha de recepción: 9-3-13

Fecha de aceptación: 18-3-13

Resumen: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es un punto de inflexión en la historia del tratamiento de la discapacidad, siendo una de sus principales características la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. En España, esta Convención, que está inspirada en el llamado modelo social (y también en el modelo de la diversidad), tiene relevancia en el plano constitucional. De conformidad con el artículo 10,2 de la Constitución española, la Convención tiene un alcance fundamental en la interpretación de los derechos reconocidos en ella. Este trabajo propone una lectura de la Constitución acorde con el modelo social (y con el modelo de la diversidad)*

Abstract: *The International Convention on the Rights of People with Disabilities marks a turning point in the treatment of disability and among its most noteworthy features is that it treats disability as a question of human rights. In Spain, this Convention, which is inspired by the so-called social model of disability (and also by the model of diversity), has relevance at the constitutional level. According to Article 10.2 of the Spanish Constitution, the Convention has a fundamental effect on how the rights recognized in it are to be understood. This article proposes a reading of the Constitution according to the social model of disability (and the diversity model).*

Palabras clave: discapacidad, Constitución, no discriminación, interpretación
Keywords: disability, Constitution, non discrimination, interpretation

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto "El Tiempo de los derechos", CSD2008-00007 y del proyecto "Dis-capacidad, In-dependencia y derechos humanos", DER2011-22729.

¹ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid.

1. INTRODUCCIÓN

El este trabajo destacaré algunas consecuencias que para nuestra Constitución deberían derivarse de la implantación de la nueva visión de la discapacidad presente en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Para ello partiré de una pequeña reflexión que permita introducirnos en el tema para, a continuación, dar cuenta del significado de la Convención. Seguiré con una breve exposición de cómo es abordada la discapacidad en la Constitución española de 1978. Y, por último, plantearé algunas conclusiones y propuestas destinadas a congeniar la Constitución y la Convención.

En todo caso, antes de nada, quiero dejar claro que el planteamiento de fondo que está detrás del trabajo se traduce en la necesidad de abandonar ciertas formas tradicionales de abordar la cuestión de la discapacidad. Para ello, y junto a otros argumentos, utilizaré a la Convención.

2. LA NUEVA VISIÓN DE LA DISCAPACIDAD: NUEVAS Y VIEJAS VISIONES

Como han subrayado muchos estudiosos, en los últimos años hemos asistido a la implementación en las normas jurídicas de una nueva visión de la discapacidad que, desde hace algo más de tiempo, estaba presente en la doctrina especializada y en algunos agentes sociales. Esta nueva visión suele ser denominada como el modelo social de la discapacidad, que posee una extensión en otro modelo, también presente en las normas, que lo complementa y que es denominado como modelo de la diversidad.

Como es sabido, el modelo social parte de una comprensión de la discapacidad que no está únicamente centrada en los rasgos que pueda poseer una determinada persona sino también en las situaciones en las que ésta puede encontrarse como consecuencia de estructuras o hábitos sociales. De ésta forma, las políticas en materia de discapacidad deben, en la mayoría de las ocasiones, ir destinadas a “normalizar” a la sociedad y no a las personas con discapacidad. Se trata de un modelo que ha promovido la inclusión de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos². Por su parte, el modelo de la diversidad complementa el modelo social contemplando la dis-

² Vid. A. PALACIOS, *El modelo social de la discapacidad*, Colección CERMI, Madrid, 2008, pp. 103 y ss.

capacidad como una muestra de la diversidad humana y considerando que esta pluralidad enriquece a la sociedad y debe ser protegida³.

Se trata de dos maneras de abordar la discapacidad que comenzaron a vislumbrarse en el Derecho español en el año 2003, con la Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, y que inspiran todo el articulado de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006 (que entró en vigor en España en el año 2008). Igualmente puede decirse que están detrás de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuyo preámbulo se hace referencia al cambio de paradigma representado por el modelo social.

A pesar de lo anterior, no puede decirse que estos dos modelos presidan el discurso jurídico de la discapacidad ni, tampoco, la imagen que de ella posee la sociedad. En efecto, a pesar de las normas enumeradas anteriormente, el discurso jurídico sigue anclado en otro modelo, el modelo médico-rehabilitador, que es también mayoritario en la sociedad en general⁴. Para este modelo la discapacidad es una deficiencia personal y, así, está relacionada con la posesión de una serie de rasgos que dificultan la realización de una vida normal. Por eso, las políticas en materia de discapacidad deben estar destinadas a la “normalización” de estas personas, y a proporcionarles una asistencia que permita su rehabilitación y su integración en la sociedad.

Los operadores jurídicos, salvo contadas excepciones, siguen interpretando las normas desde estos referentes que, por otro lado, se acomodan perfectamente a tradiciones jurídicas consolidadas. Y lo mismo ocurre socialmente, gracias a la perpetuación de un modelo de vida y de valoración de las personas de gran tradición (presente incluso en algunos de los movimientos representativos de la discapacidad y, también, en las propias personas con discapacidad).

³ Vid. J. ROMANACH, y A. PALACIOS, *El modelo de la diversidad*, Diversitas-AIES, Madrid 2006. Vid. también J. ROMANACH, *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Madrid 2009, pp. 28 y ss.

⁴ Sobre los modelos de tratamiento de la discapacidad vid. AA.VV., *The New Disability History. American Perspectives*, P. LONGMORE y L. MANSKY (eds.), New York University Press, Nueva York, 2001; C. BARNES, M. OLIVER & L. BARTON (eds.), *Disability Studies Today*, Polity Press, Oxford, 2002.

Ciertamente, como ya he señalado en otros lugares⁵, para la implementación del modelo social y del modelo de la diversidad no basta con el cambio de las normas; es preciso un cambio en la sociedad y en la comunidad jurídica que sólo se consigue a través de la sensibilización y de la utilización de otra de las grandes herramientas de cambio social como es la educación.

3. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como ya he señalado, en diciembre del año 2006 se aprueba la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, nuevo Tratado internacional en materia de derechos. Se trata de un texto de gran importancia para el discurso de los derechos (en el que la aprobación de un Tratado internacional es siempre un hito de gran trascendencia) y para el discurso de la discapacidad.

Resulta difícil exponer de manera breve la trascendencia que esta Convención posee y resumir sus contenidos más relevantes. A pesar de ello, y siendo conscientes de estas dificultades, es posible subrayar ocho grandes dimensiones de este texto normativo.

En primer lugar, la Convención supone la incorporación definitiva de la discapacidad en el discurso de los derechos, algo que, aunque nos pueda parecer obvio, no lo ha sido en la historia⁶ y además, posee una importante trascendencia⁷. De manera sorprendente, la discapacidad no ha estado presente en el discurso de los derechos; tradicionalmente ha formado parte de los discursos asistenciales y prestacionales (lo que ha provocado que su incorporación al mundo de los derechos se haya producido como derecho social). Pues bien, la entrada de la discapacidad, en el discurso de los derechos implica un cambio fundamental en la consideración de las demandas y pretensiones de las personas con discapacidad, que se constituyen en auténticos derechos.

⁵ Vid. recientemente R. DE ASÍS, "Sobre el modelo social de la discapacidad: críticas y éxito", en *Papeles El tiempo de los Derechos*, núm. 1, 2013.

⁶ Vid A. SEN, "Igualdad de qué?", en S.M. MCMURRIN (ed.), *Libertad, igualdad y derecho*, Ariel, Barcelona, 1988, pp. 144 y ss.; M. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 22 y ss.

⁷ Vid. P. CUENCA, "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012, pp. 104 y ss.

En segundo lugar, es de destacar la concepción de la discapacidad de la Convención que, frente a aquellas centradas en los rasgos de determinadas personas e incluso en coeficientes o grados de deficiencias, pasa a centrarse en las barreras, muchas de ellas sociales, manejando además un concepto abierto a las variadas circunstancias en las que pueden encontrarse las personas⁸. Es así una concepción predominantemente centrada en la situación y no en los rasgos de las personas.

En tercer lugar, la Convención subraya el valor de la dignidad humana, como referente esencial de todos los derechos de las personas con discapacidad. Dignidad humana que necesariamente debe ser interpretada en términos de autonomía e independencia, y que exige una reformulación de la construcción tradicional de este principio, abandonando su relación con la idea de capacidad⁹.

En cuarto lugar, toda la Convención puede ser contemplada como una estrategia de lucha contra la discriminación que, como es sabido, es una de las direcciones que caracterizan la historia contemporánea de los derechos. De esta forma, la Convención participa del nuevo tratamiento que la idea de igualdad ha venido adquiriendo en el discurso de los derechos y que se caracteriza por partir del hecho de la diferencia, y por analizar cuándo está justificado un trato igual y cuándo está justificado un trato diferente¹⁰. Se maneja así un concepto de discriminación que engloba a las discriminaciones directas, a las indirectas y, también, a la discriminación por indiferenciación, y que se extiende tanto a las propias personas con discapacidad cuanto a las personas relacionadas con éstas. Es importante advertir en este punto que la Convención se presenta como un instrumento normativo que se sitúa por delante de muchas de las teorías contemporáneas sobre la igualdad¹¹ en las que la cuestión de la discapacidad comienza a aparecer tímidamente¹².

⁸ Vid. A. PALACIOS y F. BARIFFI, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*, Cinca, Madrid, 2007, pp. 11 y ss.

⁹ Vid. R. DE ASÍS, "La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho, poder", en I. CAMPOY (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, *Debates del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 2, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 59 y ss.

¹⁰ Vid. P. CUENCA y R. DE ASÍS, "La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad", en L. CAYO, y G. ALVAREZ (eds.), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2012, pp. 53.

¹¹ Vid. S. RIBOTTA, *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

¹² John Rawls, la ha tenido en cuenta en el tratamiento de las posiciones sociales dentro de su Teoría de la Justicia (aunque ciertamente de manera poco satisfactoria) Vid. J. RAWLS, *A*

En quinto lugar, la Convención concede una importancia fundamental a la accesibilidad universal y a los ajustes razonables. La primera es una exigencia que promueve la realización del diseño para todos y que se constituye en un derecho posibilitador del ejercicio del resto de derechos. La segunda se presenta como una medida individual para aquellos casos en los que falla la accesibilidad universal¹³. Se trata de un principio que no sustituye a la accesibilidad universal, y que no puede ser utilizado como justificación de su falta (mediante la utilización de uno de los criterios en los que se basa como es el principio de proporcionalidad)¹⁴.

En sexto lugar, la Convención, en consonancia con esa extensión y nueva interpretación de la dignidad humana, establece la exigencia de una igual capacidad jurídica, eliminando así la posibilidad de la incapacitación (que queda reservada a casos muy excepcionales) y promoviendo un modelo de apoyo a la toma de decisiones de aquellas personas que se encuentren en situación de discapacidad¹⁵.

En séptimo lugar, la Convención reconoce el principio de vida independiente, que como se sabe, fue una de las grandes demandas de las personas con discapacidad y, más en concreto, del precisamente denominado como movimiento de vida independiente¹⁶. Este principio implica la defensa y la

Theory of Justice, (1971), Harvard University Press, 1999, p. 83. Por su parte, R. Dworkin, aborda esta cuestión en su propuesta de igualdad de recursos. Vid. R. DWORKIN, *Virtud Soberana*, trad. de M.J. Bertomeu y F. Aguiar, Paidós, Barcelona, 2003, pp. 75 y ss. Pero son Amartya Sen y Martha Nussbaum quienes, desde su enfoque de las capacidades, sitúan a la discapacidad como uno de los puntos centrales de la reflexión sobre la justicia. Vid. A. SEN, "Igualdad de qué?", cit., pp. 133 y ss; A. SEN, *Nuevo examen de la desigualdad*, trad. de A.M. Bravo, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 33; M. NUSSBAUM, *Las fronteras de la justicia, Consideraciones sobre la exclusión*, cit., p. 22; M. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, trad. de R. Bernet, Herder, Barcelona, 2002, pp. 120 y ss.

¹³ Vid. AA.VV., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid 2007.

¹⁴ Vid. L. CAYO BUENO, "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en AA.VV., 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, *Estudios en Homenaje a Miguel Angel Cabra de Luna*, cit., pp. 159 y ss.

¹⁵ Vid. F. BARIFFI, "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU", en L.C. PÉREZ BUENO (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 353 y ss.

¹⁶ Vid: G. DEJONG, *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research*, East Lansing: Michigan State University Press, 1979; J. SHAPIRO, *No Pity. People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement*, Times Books, Random House, New York, 1994.

promoción de la autonomía personal de todas las personas y justifica el diseño de unas políticas públicas destinadas a satisfacer los derechos de las personas que se encuentran en situación de dependencia.

En octavo lugar, la Convención, desde el reconocimiento de la diversidad humana, establece el respeto a la identidad de la Comunidad Sorda, a la que considera como una minoría lingüística y, por tanto, como un grupo cultural¹⁷.

Suele ser común afirmar que la Convención es un Tratado de derechos humanos que se caracteriza por no reconocer nuevos derechos. Se afirma así que lo que hace la Convención es establecer que las personas con discapacidad poseen los mismos derechos que cualquier otra persona¹⁸. La Convención es así un texto que lucha contra la discriminación en la que se encuentran estas personas y que se traduce en la ausencia de satisfacción de sus derechos humanos.

Pues bien, a pesar de que ése pueda ser el sentido general de la Convención, es posible no obstante afirmar que este Tratado sí que reconoce unos nuevos derechos para las personas con discapacidad. Se trata, en algunos casos, de derechos que han sido tradicionalmente negados a este colectivo, y en otros, de auténticos nuevos derechos que tienen su origen en demandas específicas.

En este sentido, es posible referirse a cuatro nuevos derechos que de manera explícita o de forma implícita están recogidos en la Convención. En concreto se trata del derecho a una igual capacidad jurídica, del derecho a la accesibilidad universal, del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, y del derecho al uso de la lengua de signos.

El derecho a una igual capacidad jurídica aparece en el artículo 12 de la Convención en cuyo punto segundo se afirma: "Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida". Se trata de un derecho en el que se integra también el derecho a recibir los apoyos necesarios para el ejercicio de dicha capacidad, que aparece recogido en el punto 3 de ese mismo artículo en el que puede leerse: "Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica"¹⁹.

¹⁷ Vid. P. CUENCA (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 99 y ss.

¹⁸ Vid. A. PALACIOS, *El modelo social de la discapacidad*, cit., pp. 257 y ss.

¹⁹ Sobre el tema vid. P. CUENCA, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español", *Derechos y Libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221 y ss.

La accesibilidad universal aparece recogida en diferentes partes de la Convención, destacando su presencia entre los principios generales del artículo 3 y la referencia específica que se hace en el artículo 9 (todo él dedicado a la accesibilidad). Ciertamente, en ningún momento se habla de ella como derecho, sino como principio o como obligación de los Estados. No obstante, una interpretación no forzada de estas disposiciones permite considerarla como un derecho.

El derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad aparece explícitamente reconocido en el artículo 19 de la Convención²⁰. El reconocimiento de este derecho supone, en virtud del apartado a) de ese precepto, la obligación de los Estados de asegurar que las personas con discapacidad “tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico”. Y este derecho implica también el derecho a “la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta” (apartado b) del artículo 19).

El derecho al uso de la lengua de signos, que en realidad implica uso, reconocimiento y protección²¹, aparece en diversos artículos de la Convención, si bien es en el artículo 30, dedicado a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte, donde, en su apartado 4, se señala: “Las personas con discapacidad tendrán derecho, en igualdad de condiciones con las demás, al reconocimiento y el apoyo de su identidad cultural y lingüística específica, incluidas la lengua de señas y la cultura de los sordos”.

4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LA DISCAPACIDAD

La Constitución española de 1978 dedica un artículo específico a las personas con discapacidad, si bien lo hace con una terminología ciertamente impropia²². Se trata del artículo 49 en el que puede leerse: “Los poderes públi-

²⁰ Vid. al respecto M.C. BARRANCO AVILÉS y R. DE ASÍS, “El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en M.C. BARRANCO, (coord.), *Situaciones de dependencia, Discapacidad y Derechos*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 107 y ss.

²¹ Vid. R. DE ASÍS, “Sobre el derecho al conocimiento y aprendizaje de la lengua de signos”, en P. CUENCA (ed.), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, cit., pp. 99 y ss.

²² Vid. P. CUENCA, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Universidad de Alcalá, 2012, pp. 186 y ss.

cos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

El artículo 49 forma parte del Capítulo Tercero del Título Primero de la Constitución, denominado “De los Principios Rectores de la Política Social y Económica”. Este capítulo recoge derechos prestacionales, normalmente concebidos como derechos sociales.

Pues bien, además de la crítica al lenguaje que la Constitución utiliza, también es posible cuestionar la consideración de los derechos de las personas con discapacidad como derechos prestacionales. Ambas circunstancias, unidas a la terminología que se utiliza para referirse a las políticas públicas, ponen de manifiesto que el modelo de tratamiento de la discapacidad presente en el momento de elaborar la Constitución era, predominantemente, el que hemos identificado al comienzo como modelo médico-rehabilitador.

En todo caso, es importante subrayar como el final del precepto se refiere al resto de derechos reconocidos en la Constitución como propios de las personas con discapacidad. En este sentido, en realidad puede afirmarse que todo el Título Primero se dirige también a este colectivo, y singularmente el artículo 10,1 (referido a la dignidad humana) y el artículo 14 (referido al principio y al derecho a la igualdad).

Ciertamente, el artículo 14 (que debe ser puesto en relación con el artículo 9,2), no se refiere de forma directa a la discapacidad. En efecto, en este artículo puede leerse: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. No obstante, la entrada de la discapacidad tiene cabida en la referencia final del precepto al hablar de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, y así lo reconoció nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 269/94 de 3 de octubre. De todas formas, la prohibición de discriminación por razón de discapacidad forma parte de nuestro Ordenamiento en virtud de diversas normas de la Unión Europea, entre las que destacan el artículo 13 del Tratado de Amsterdam, la Directiva 2000/78/CE y el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales.

Nuestro texto constitucional, por otro lado, establece en su artículo 10,2 que: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con

la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". En este sentido, el artículo 49 debe ser interpretado tomando como referencia la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, con lo que es posible hacer una interpretación del precepto tomando como referencia el modelo social.

Así, una interpretación del artículo 49, conforme a la Convención, implicaría, al menos: (i) incluir a la accesibilidad entre las políticas de previsión; (ii) entender que el tratamiento de la discapacidad no es sólo una cuestión relacionada con políticas sanitarias y de seguridad social sino principalmente una cuestión de derechos humanos; (iii) considerar que las políticas de rehabilitación tienen como principal destinatario a la sociedad en su conjunto y se relacionan estrechamente con la accesibilidad; (iv) entender que la integración implica inclusión en todas las parcelas de la vida social.

Ahora bien, debemos ser conscientes de que la utilización del artículo 10,2 de la Constitución presenta en la práctica jurídica algunos problemas²³ derivados de la irrelevancia que para muchos operadores jurídicos, entre los que se incluyen algunos tribunales, posee el Derecho Internacional en general. Además, la utilización del 10,2 es también en ocasiones puesta en entredicho aludiendo a un supuesto tenor literal de la norma de derechos y afirmando el valor de esta norma como expresión de la soberanía del Estado. Por último, el artículo 10,2 difícilmente puede utilizarse como argumento para el reconocimiento de nuevos derechos.

Recientemente, nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado una teoría de la interpretación constitucional basada en lo que ha denominado como interpretación evolutiva y cultura jurídica, que podría servirnos para apoyar una interpretación del artículo 49 basada en los postulados del modelo social.

Esta Teoría de la interpretación aparece en la sentencia 198/2012 de 6 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 que reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En el fundamento jurídico 9 de esta Sentencia, el Tribunal afirma que la Constitución debe ser considerada como un árbol vivo. De esta forma, sus preceptos deben ser interpretados a través de una interpretación evolutiva que la acomode a las realidades de la vida moderna. Y ello es así porque, siempre siguiendo la argumentación del Tribunal, la Constitución

²³ Vid P. CUENCA, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, cit., pp. 76 y ss.

es un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron. De esta forma, corresponde al legislador actualizar paulatinamente la Constitución, y al Tribunal Constitucional, “controlar el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dotando a las normas de un contenido que debe permitir leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”. Igualmente señala el Tribunal Constitucional que la interpretación de la Constitución debe hacerse tomando como referencia a la cultura jurídica, compuesta por los textos jurídicos interpretados de manera literal, sistemática, genética adaptándola a la realidad social jurídicamente relevante, por las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, por el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de derechos, “por la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición”.

De esta forma, basándonos en esta teoría de la interpretación de la Constitución, podríamos defender una interpretación del artículo 49 de nuestro texto constitucional, apoyada en el modelo social e, incluso, afirmar la presencia de los derechos que aludí al hablar de la Convención en nuestro sistema jurídico. Sin embargo, lo anterior presenta dos problemas de distinto significado.

El primero de ellos tiene que ver con las reflexiones que llevaba a cabo al comienzo de este trabajo y que cuestionan de manera importante la existencia de una realidad social y de una cultura jurídica basada en el modelo social. Como ya señalé, nuestra sociedad y nuestra cultura jurídica siguen manteniendo una visión de la discapacidad basada en el modelo médico-rehabilitador.

El segundo de los problemas tiene que ver con el cuestionamiento de esa Teoría interpretativa expuesta por el Tribunal Constitucional y que puede verse manifestada en algunos de los votos particulares de la Sentencia. Así por ejemplo, Manuel Aragón, en su voto particular a la sentencia ha afirmado que si se aplica la teoría de la interpretación evolutiva “sobra la rigidez constitucional, sobra la garantía que, al servicio de la rigidez, significa el procedimiento de reforma e incluso sobra la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos”. Y también que la realidad social puede conducir

a que se vuelvan obsoletas algunas previsiones constitucionales, o a que se manifieste la necesidad de cambio de las mismas, pero para ello está prevista la reforma constitucional: “La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución”.

De esta forma, los intentos de interpretar el artículo 49 de la Constitución conforme a la filosofía que impregna la Convención, a través de la utilización del artículo 10,2 o de la teoría de la interpretación evolutiva, presentan serios problemas en nuestro Ordenamiento jurídico.

5. ALGUNAS PROPUESTAS

Las anteriores reflexiones ponen de manifiesto que la inclusión del modelo social de la discapacidad en nuestro sistema constitucional y, con ello, la inclusión definitiva de la discapacidad en el discurso jurídico de los derechos humanos, exigen la modificación del texto constitucional. Ciertamente, como ya señalé, con la simple modificación de las normas no se conseguirá la vigencia efectiva de este modelo pero, sin duda, se dará un paso muy importante para producir un cambio paulatino de la cultura jurídica.

Tres son las reformas que deberían producirse para alcanzar ese fin. Dos tienen que ver con la modificación de los enunciados de otros tantos preceptos constitucionales, y la tercera con un cambio de situación en la estructura constitucional.

Así, la primera de las reformas, que considero menos importante al existir ya mecanismos que permiten lograr su propósito, consistiría en modificar el texto del artículo 14 de la Constitución incluyendo una referencia a la prohibición de discriminar por razón de discapacidad o por el uso de la lengua de signos.

La segunda, más relevante, se proyectaría en el artículo 49 de la Constitución, y consistiría en la eliminación del término “disminuidos” y en la introducción de una serie de palabras que permitirían, en el futuro, construir los derechos que he señalado al abordar el contenido de la Convención. En este sentido, sería necesario que el artículo aludiera, al menos, a la igual capacidad, a la vida independiente, a la accesibilidad universal y los ajustes razonables, y a la lengua de signos.

La tercera, relacionada también con el artículo anterior, implicaría su traslado a la sección 1ª del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución y, con ello, la consideración de estos derechos como auténticos derechos fundamentales.

Soy muy consciente de que estamos en un momento de crisis social y económica en el que la reforma de la Constitución no parece algo viable, existiendo además, una serie de temas constitucionales abiertos y sobre los que no hay consenso. Sin embargo, también creo que ese no puede ser un argumento válido para rechazar la posibilidad de reformar estos dos preceptos, al estar en juego una mejora en la satisfacción de los derechos de un colectivo tan importante y numeroso como es el colectivo de las personas con discapacidad.

Hasta que esa reforma no se produzca, la satisfacción de los modelos social y de la diversidad en el tratamiento de las personas con discapacidad, exigirá utilizar el artículo 10,2 de la Constitución y teorías como las de la interpretación evolutiva. Y junto a ello, tendremos que modificar nuestra manera de entender el principio de dignidad humana²⁴ y nuestra manera de identificar a los agentes morales²⁵.

RAFAEL DE ASÍS

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

Universidad Carlos III de Madrid

c/Madrid, 126

Getafe 28903 (Madrid)

e-mail:rarfid@inst.uc3m.es

²⁴ Vid. R. DE ASÍS, "Sobre capacidad y derechos", en AA.VV., *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 37 y ss.

²⁵ Vid. C. COURTIS, "Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003", *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004, p. 12.